

CODIFICAZIONE*

di Massimo Donini

SOMMARIO: 1. L'assetto legislativo sulla codificazione penale. – 2. Il mito del codice e la realtà contemporanea. – 3. Una dimensione neocostituzionalista: dalla Costituzione-codice alle leggi speciali *sine medio*. – 4. Memoria storica come salvezza: la nascita della codificazione dal particolarismo. – 5. Medioevo à *rebours*: la decodificazione. – 6. La deriva dello smarrimento dottrinale e del diritto giurisprudenziale senza un codice nuovo. – 7. La riserva di codice fra tendenze in atto e programma costituzionale. – 8. Il suo raccordo con la scienza della legislazione. – 9. La codificazione penale possibile al tempo dell'AIR. – 10. Un quadro attuale della riserva di legge e di codice: la differenziazione della legge generale e astratta in testi unici a disciplina integrata e in commentari dottrinali-giurisprudenziali.

1. L'assetto legislativo sulla codificazione penale.

Il codice penale contiene la parte centrale delle leggi penali dello Stato, anche se ad esso si affianca un corpo vastissimo di leggi complementari, o leggi penali speciali, la cui disciplina dipende peraltro, salvo che sia stabilito altrimenti, da quella “generale” del codice (art. 16 c.p.).

Art. 16 c.p. (leggi penali speciali). «*Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti*».

Sul piano storico, il modello legislativo ed ermeneutico dell'art. 16 c.p. era sicuramente di considerare il codice penale come il centro del sistema penale, perché tale esso era nel 1930¹

Nel corso della seconda metà del Novecento il codice penale ha perduto il ruolo dominante che aveva storicamente, dall'Ottocento in poi, conoscendo un profondo fenomeno di decodificazione (infra, § 5).

È solo all'esito di questo lungo processo di crescita delle leggi complementari, che ha modificato lo stesso significato e la portata del ruolo del codice, che è stato introdotto, nel 2018, l'art. 3-bis c.p. il quale disciplina la riserva di codice: «*Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia*».

Con questa regola (anche se definita “principio” nella sua rubrica), si dà atto che ci sono due grandi binari della legislazione: il codice e le leggi complementari ad esso

* Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo curato da C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich, [Studi in onore di Carlo Enrico Paliero](#), Giuffrè, 2022. Si ringraziano l'Editore e i Curatori per averne autorizzato la pubblicazione in questa *Rivista*.

¹ Basti il richiamo delle voci di G. VASSALLI, voce *Codice penale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, pp. 261 ss.; E. DOLCINI, *Codice penale*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, pp. 270 ss. e, per un successivo aggiornamento, M. DONINI, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Quest. giust.*, 2004, pp. 487-533.

esterne, alla condizione che tali leggi abbiano carattere di organicità rispetto alla materia regolata.

2. Il mito del codice e la realtà contemporanea.

La codificazione è una attività legislativa finalizzata a raccogliere le leggi in un corpo normativo organico e complessivo, costruito con un linguaggio coerente e uniforme, leggibile dal comune destinatario delle leggi, finalizzato a rendere conoscibile e trasparente la volontà dello Stato nell'indirizzare i comportamenti collettivi e nel sanzionare le relative trasgressioni alle leggi.

Il codice penale non si sottrae a questo compito della codificazione, ma anzi ne costituisce addirittura un modello particolarmente autoritario.

La codificazione non ha statuti di settore, ma disciplina regole generali rivolte a tutti, e in alcuni casi dirette a determinati titolari di qualifiche, poteri, doveri, *status*.

Nel codice le regole sono ordinate in libri, titoli, capi. C'è un ordine apparente preconstituito al tutto. È anzi un *nòus* che si contrappone al caos originario. Il sistema precede le sue applicazioni, che possono largamente essere dedotte da regole generali e qualche principio comune.

Il suo modello è che non occorra andare oltre il testo del codice per comprendere la materia dei divieti: il *quivis de populo* capisce tutto leggendo la chiarezza distillata degli enunciati legislativi, solitamente preparati *ab origine* da premesse culturali o normative di fonti extrapenalistiche dell'intero ordinamento o della società civile (etica pubblica).

Prodotto di un tempo in cui la divisione dei poteri appariva un truismo e i ruoli di Parlamento e magistratura ben definiti, dove l'etica pubblica non era rappresentata dal diritto, ma da ideologie e religioni comuni e condivise, esso appartiene a un momento storico che oggi non ci appare neppure più un ideale, se non per nostalgia della semplificazione. Quel modello, invece, agli occhi del civilista per primo, è apparso da decenni superato, mentre il conservatorismo dei penalisti arriva per ultimo a prendere atto dei mutamenti dispiegati. Carlo Enrico Paliero, al quale sono dedicate queste note, è stato tra i primi a descrivere l'autunno, ma non la superfluità, del patriarca codice² e ne sostiene oggi la vetustà come paradigma legislativo prevalente³.

È certo oggi superato il tempo della codificazione concepita e realizzata in forma dominante⁴. È invece subentrata a quel modello ottocentesco, ancora molto in voga nella

² C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1220 ss., e spec. pp. 1243 ss.

³ C.E. PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica "idealistica" versus deontica realistica*, in *Criminalia*, 2019, pp. 31 ss., anche in *disCrimen*, 9 marzo 2020.

⁴ Sulla sua paradigmatica v. P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in P. CAPPELLINI – B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, cit., pp. 11 ss., pp. 31 ss. Sulla sua crisi nelle riflessioni dei civilisti di fine millennio scorso, R. SACCO, *Codificare: un modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, pp. 117 ss.; P. RESCIGNO, *Il 'compleanno' del codice civile*, in M. SESTA (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994, p. 19; P. SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico e i suoi satelliti*, in *Accademia nazionale dei Lincei* (a cura di), *Il codice civile. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli*, Roma, 1994,

prima metà del Novecento, una prassi codificatoria diversa che dal secondo Novecento ha fatto emergere prodotti legislativi concorrenziali. Il codice non è stato in verità abbandonato da nessun ordinamento, ma affiancato, ristrutturato, e solo in parte sostituito. La realtà politica ci restituisce oggi un Parlamento del tutto incapace di rappresentare quel *noùs*, salvo votare a maggioranza testi tecnici elaborati da nugoli di esperti ministeriali o commissioni miste. La democrazia penale è appannaggio di un tecnicismo esasperato, di trappole legislative disseminate fuori dai codici, e anche le sentenze della Corte costituzionale, invece di restituirci distillati di ragione pubblica, sono ormai incomprensibili senza una *legenda* delle molteplici fonti giurisprudenziali e normative di riferimento.

3. Una dimensione neocostituzionalista: dalla Costituzione-codice alle leggi speciali *sine medio*.

La concentrazione delle fonti ha richiesto una unificazione del potere che può avvenire solo in capo ad un soggetto legittimato dal popolo, dai destinatari della legge, e secondo vari illuministi in particolare attraverso il *contratto sociale*, sia esso una fonte storica reale nel passato, sia esso un modello politico ideale a cui riferirsi⁵. Oggi tale *modello teorico* è riconducibile ai testi costituzionali, espressione del *patto sociale* nel quale tutti i cittadini si riconoscono in una carta originaria che disciplina i diritti, i doveri, i poteri dello Stato e le sue principali articolazioni politiche e amministrative, nonché giurisdizionali. Non è una base volontaristica, ma giustificazionista, di teoria della politica e dello Stato⁶.

Possiamo anzi anticipare che attualmente il ruolo legittimante del codice come *ratio* ordinata del tutto si trova nei testi costituzionali, che sono paradossalmente pieni di principi soprattutto inespressi (!) e solo di pochissime regole in materia penale. Negli anni '70 del Novecento sembrò che da una siffatta Costituzione (comunque "la più bella del mondo" secondo alcuni interpreti) si potesse "dedurre" tutto il codice penale: una Costituzione-codice. Passata la stagione di esaltazione costituzionale, si è capito che il pluralismo della politica permette e anzi rende inevitabile una possibile attuazione differenziata dei principi, salvo il rispetto di un nucleo cogente, una sorta di *ius cogens*. È stato davvero ingenuo affidarsi alle Carte fondamentali quali garanti del modello illuministico di interprete. La Costituzione ha generato una quantità di principi non espressi, ma frutto di una ermeneutica evolutiva in varia misura inimmaginabile *ex ante*, che occupano oggi la maggior parte dei principi costituzionali penali. Essendo *in bonam partem*, nessuno ha potuto obiettare nulla.

pp. 231 ss.

⁵ Per la storia del contratto sociale D. BOUCHER – P. KELLY (Eds.), *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, London, New York, 1994; J.W. GOUGH, *The Social Contract. A critical Study of its Development*, 2^a ed., Oxford, 1957; G. DUSO (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Bologna, 1987.

⁶ Per una sintesi, F. D'AGOSTINO – G. GAUS – J. THRASHER, *Contemporary Approaches to the Social Contract*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2021 Edition).

Però il paradigma era ormai generalizzante. Non più “Costituzione-legge”, cioè testo stringente e tassativo da cui dedurre, ma “Costituzione-fonte” di nuove ermeneutiche da cui inferire nuovi principi in uno spazio storicamente aperto. Questo il problema *politico* del c.d. “neo-costituzionalismo”. Il neocostituzionalismo ha capito e svelato che nella Carta fondamentale mettiamo troppi contenuti nuovi, impensabili ai suoi Autori originari⁷. C’è adesso un rapporto rovesciato tra fonte costituente e leggi che la attuano. Un tempo il codice era la Costituzione penale, ne regolava i principi, ma poteva sempre derogarvi secondo i desideri della politica, mancando un vincolo sovraordinato. Oggi il diritto penale costituzionale è nella Carta fondamentale, nella Cedu e nella Carta europea dei diritti. Il codice, per realizzare questi principi, deve essere completamente o riscritto o reinterpretato. Diventerà, in tal caso, una Costituzione *in action*, un codice-Costituzione. In Italia si è scelta la via ermeneutica, e delle riforme di settore, un vero stillicidio, preferendole alla ricodificazione complessiva. La necessità di parlare di ricodificazione nasce da qui: dal *deficit* di attuazioni solo parziali (un legislatore senza visione d’insieme) o interpretative (una delega alla magistratura quasi sempre cangiante).

La Carta fondamentale è riempita di contenuti ermeneutici *ex post*, e da questi contenuti nuovi si parte per ricostruire un codice mai riscritto in troppe regole generali. Non è il trionfo della legalità stretta, ma una sua storica *deminutio*.

La dialettica tra una Carta costituzionale in parte inattuata e un profluvio di leggi complementari senza la riforma del codice richiedeva che quel che rimaneva “nel mezzo”, tra Costituzione e leggi speciali, fosse presto occupato da un nuovo centro di coordinamento, una cabina di regia. Invece, in assenza di questo nuovo *medium*, si è verificata una decodificazione con prevalenza del diritto giurisprudenziale.

4. Memoria storica come salvezza: la nascita della codificazione dal particolarismo.

In effetti il codice nasce storicamente per governare e sostituire la realtà del particolarismo giuridico⁸.

Di questo passato dobbiamo serbare memoria attuale, perché senza storia siamo anche senza identità, e aperti a ogni possibile futura deviazione anche dal canone della legalità costituzionale.

L’età del particolarismo giuridico era costituita da un uso residuale del diritto giustiniano (*ius commune*), nel campo del diritto civile, ma ampiamente rivisitato da opinioni di giureconsulti e sentenze di tribunali che avevano parimenti il valore di fonte,

⁷ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001, cap. I e *passim*; T.L.P. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002. E sul dibattito successivo G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 965 ss., (spec. il cap. 4); G. BONGIOVANNI, voce *Neocostituzionalismo*, in *Enc. dir.*, Annali IV, 2011, pp. 749 ss.

⁸ Per tutti G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 18 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, Milano, 2005, pp. 33 ss.; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002; v. pure I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine*, Torino, 2002, pp. 539 ss.

accanto al quale, oltre al diritto canonico, c'era il diritto proprio (*ius proprium*) di singoli Stati sovrani, statuti di città e di corporazioni, c'erano fonti consuetudinarie, ma soprattutto esisteva una serie minutissima di disposizioni particolari di tipo non generale e astratto, che riguardavano categorie di cose e classi di persone diversamente trattate secondo il ceto e la posizione sociale. Le "gride manzoniane" raccontate nel primo e nel terzo capitolo dei *Promessi Sposi* rappresentano un affresco straordinario della situazione. Anche in materia penale la disciplina era frammentata. L'idea di un ordine codicistico dei reati non nasce certo dopo questo disastro delle fonti: *la prima grande classificazione dei reati*, che risaliva addirittura alle *Leggi di Platone*⁹, li divideva in crimini di lesa maestà umana (dagli attentati alle persone del Re e della sua famiglia, a quelli alla sicurezza dello Stato, alle macchinazioni, ai falsi nummari etc.), crimini di lesa maestà divina (ateismo, scisma, eresia, bestemmia, magia, sacrilegio, sortilegio etc.) e crimini contro i privati.

Era questo il principio di una classificazione di parte speciale, mentre *vari principi di parte generale* erano già abbozzati nell'*Etica Nicomachea* di Aristotele¹⁰.

Tuttavia, nel diritto comune e moderno non esistevano figure di reato "tipiche", generali, ma elenchi di diversissime condotte vietate e punite a seconda della qualità dell'offeso o dell'autore. Ma ancor più l'incertezza si accentuava considerato che le pene erano del tutto sproporzionate e la mancanza di ordine e di tipi criminosi rendeva problematica la stessa idea che si potesse ricostruire una proporzione, un ordine di gravità. Duemila anni dopo i modelli tassonomici di Platone e Aristotele, mentre le pene ordinarie erano stabilite da ordinanze o consuetudini, fu possibile, attraverso una congerie imprevedibile di pene straordinarie (*extra ordinem*) o arbitrarie, che il giudice determinasse per punire fatti non previsti come reato da particolari disposizioni, applicando le pene ritenute più adatte tra quelle esistenti, sino a modificare le stesse pene legali. Ciò permetteva l'uso della analogia in materia penale. Che dal Cinquecento in poi siano sorte parti generali del diritto penale fu il prodotto di un insegnamento universitario che non rispecchiava una legalità condivisa dentro alla rete delle fonti.

La stessa idea della proporzione della pena, ripresa in seguito dagli illuministi in funzione ordinatrice e limitatrice, non aveva ancora un significato retributivo, come nella tradizione millenaria entro la quale si era coltivata quell'idea, ma un significato di razionalizzazione e di certezza di disciplina o trattamento¹¹. Gli illuministi furono per lo più utilitaristi. La proporzione non aveva dunque valore fondante, per quanto ricollegata in seguito all'idea di una nuova codificazione ne avrebbe rappresentato un perno centrale. La *proporzione*, infatti, poteva riguardare sia la misura legale delle pene, sia la commisurazione giudiziale. Basandosi l'illuminismo giuridico sulla prevenzione generale nella fondazione della pena, male poteva utilizzare questo parametro delimitante in funzione legislativa, in quanto la proporzione era da millenni il nucleo del pensiero retributivo ("la legge del Taglione"), opposto, sul piano fondazionale e culturale, all'idea preventiva, o dello scopo, della pena come sanzione utile, finalizzata.

⁹ PLATONE, *Le leggi*, libri IX-XII. Cfr. T.J. SAUNDERS, *Plato's Penal Code*, Oxford, 1991, pp. 139 ss., pp. 195 ss.

¹⁰ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, libro III, §§ 1-5; V, §§ 5-7; VI, §§ 3-7.

¹¹ Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, cit., p. 31 ss.

Nel quadro della commisurazione giudiziale, invece, tale idea proporzionalistica, poteva apparire, come in Feuerbach, più consona a funzioni di delimitazione. Ma essa era stata già sviluppata nelle concezioni medievali del Purgatorio di una pena a tempo, spiritualmente agita ed emendatrice. Nei confronti del legislatore, invece, era l'ideologia dell'umanizzazione del diritto penale ad apparire più carica di forza persuasiva e a un tempo coerente con l'impostazione prevenzionistica del fondamento giustificativo della pena minacciata dalla legge.

L'idea della codificazione, all'opposto, sarà veicolo per l'ingresso della retribuzione nel momento fondazionale della pena: l'ordine dei beni, le scale di gravità, i gradi e le forze. Nel codice classico, peraltro, non si fanno prognosi di intervento sociale. Sono comandamenti, come nel decalogo. E le pene rispecchiano scale gerarchiche.

5. Medioevo à rebours: la decodificazione.

L'età della decodificazione è stata scoperta e valorizzata positivamente dai civilisti. Natalino Irti, in un saggio del 1978, ripubblicato nel 1979¹², osserva che il codice civile ha perduto la sua centralità. Affiancato e sostituito da leggi speciali, *le sue regole generali* si applicano ormai in via *residuale*, quando la materia non sia del tutto regolata compiutamente in altri corpi legislativi, che rappresentano ormai *micro-sistemi* (in origine: dallo statuto dei lavoratori, al divorzio, alle locazioni; ma poi sarà un diluvio), e non leggi davvero speciali, perché spesso hanno ad oggetto istituti assenti dal codice, che neppure specificano. Non solo. Nelle leggi speciali si attua la Costituzione con le sue garanzie, perché il codice non è più lo statuto delle garanzie del diritto civile. In questa perdita di centralità, pertanto, non si ravvisa un aspetto negativo, ma positivo dell'evoluzione sociale, che ha dato luogo a una pluralità di sistemi vissuta non come un oblio, ma come l'acquisizione di nuovi e aggiornati valori giuridici.

Quanto ai penalisti, essi cominciano a percepire in ritardo che un fenomeno analogo sta per accadere al sistema penale: il codice è stato riformato per novelle che lasciavano intatta la sua struttura di fondo (per es. la novella dei decreti luogotenenziali del 1944 e quella del 1974); le leggi speciali non sono state luogo di attuazione e sperimentazione dei principi costituzionali; anzi, i penalisti, ancora negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, vedevano semmai nelle leggi speciali il tradimento dell'attuazione della Costituzione, la sede dell'eccezione a principi generali, e dunque la decodificazione è stata vissuta come momento negativo di perdita della centralità di principi generali essi stessi espressione di regole costituzionali (offensività, colpevolezza etc.)¹³.

Il 'codice' resterà a lungo, nell'immaginario dei penalisti, il luogo di attuazione dei principi a tratti costituzionali e generali, mentre le 'leggi speciali' quello di piccole o grandi differenziazioni di settore, deroghe illegittime, sperimentazioni, tecnicismi

¹² N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, pp. 23 ss., pp. 33 ss.

¹³ Esempio la ricostruzione di F. BRICOLA, *Considerazioni introduttive a Il codice Rocco cinquant'anni anni dopo*, in *Quest. crim.*, 1981, pp. 14 ss.

propri di materie più transeunti, discipline soggette a rapida obsolescenza o mutazione di fonti extrapenali o europee, oppure beni giuridici più “artificiali”¹⁴.

Nelle leggi speciali, per es., venivano collocati gli interventi del c.d. diritto penale dell'emergenza: nuove leggi in materia di ordine pubblico (per es. la legge Reale, n. 152 del 1975), di lotta al terrorismo e alla mafia, oltre che alla criminalità organizzata, trovano allocazione fuori dal codice, ma proprio in tali discipline emergenziali, spesso concepite come provvisorie e temporanee, si sedimentano regole e anche istituti che fanno eccezione ai modelli consolidati di diritto comune: una “perenne emergenza” darà luogo a intere collane editoriali sulle leggi che la esprimono per vari lustri, alimentando un dibattito infinito tra gli addetti ai lavori.

In effetti, la legislazione speciale, disseminata in migliaia di disposizioni sparse e disorganiche, non solo veicolo di reati bagatellari-contravvenzionali minori, a uno sguardo più attento presenta uno scenario sempre più preoccupante di allontanamento dal codice perché in essa si costruiscono davvero nuovi corpi normativi indipendenti, dotati di logica propria, che non sono né in dialogo col codice, ma neppure sempre con la Costituzione.

Si intensificano così le prese d'atto, ma anche le critiche alla decodificazione penale e tale fenomeno viene vissuto dalla penalistica come una patologia del sistema da combattere in sede di progettazione di un nuovo codice.

Tutti i progetti di codice penale, dal 1992 in poi, si sono prefissi l'obiettivo di contrastare la decodificazione.

La pluralità dei sistemi, ora subordinati (“sotto”-sistemi, testi unici), ora indipendenti rispetto al codice (leggi speciali, particolari, di emergenza), ha frammentato linguaggi e categorie, non solo le regole, producendo quella rottura della cabina di regia costituita dal codice. Non sempre nelle leggi complementari è attuato il volto costituzionale dell'illecito, cioè il “codice-Constituzione”, affiancato invece da “doppi binari”, soprattutto per la criminalità organizzata, mafiosa, di problematica legittimità, e in ogni caso di assai dubbia ispirazione costituzionale¹⁵.

Fino al punto di reimmettere a cose fatte le stesse leggi eccezionali nel codice, in nome del ritorno al modello codicistico, a un rinnovato ideale di riserva di codice.

6. La deriva dello smarrimento dottrinale e del diritto giurisprudenziale senza un codice nuovo.

Il diritto giurisprudenziale completa l'immagine neomedievale delle fonti. Eppure, è un elemento costitutivo del *ius*. Non si può farne a meno. Invece, i manuali di diritto penale, deposito del *ius*, e non raccolta di *leges*, lo ignorano per lo più, salvo citare

¹⁴ Per tutti G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pp. 137 ss.

¹⁵ Su questo singolare fenomeno di consolidazione, M. DONINI, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *disCrimen*, 30 maggio 2019, pp. 1 ss., anche in *Meridiana*, 2020, pp. 203 ss.

in nota qualche arresto. Uno scollamento dalla realtà che fa meritare all'Accademia di essere snobbata dalla prassi. Una accademia che spesso neppure classifica le varie posizioni dottrinali. Non si cita più nessuno in modo ordinato e classificatorio, e l'orizzonte del solo presente o dell'europiattismo dimentica il passato verso il naufragio culturale. Su un altro versante i manuali correnti per la preparazione del concorso in magistratura sono redatti da magistrati e contengono centoni di sentenze, ma anche citazioni estemporanee e disorganizzate di dottrina. Nella prassi, invece, la giurisprudenza conserva il divieto di citare la dottrina (eredità del tempo delle codificazioni!), mentre costruisce *ius* spesso al di là dei perimetri dei testi legali. È una situazione da *Day After*.

Ma dove il limite del recinto legislativo è, per lo più, osservato, i suoi spazi restano enormi, e in assenza di una nuova codificazione, il vuoto di poteri (legislativi) è riempito da quello giudiziario. Si provi del resto a illustrare una regola senza il commentario giurisprudenziale. Forse un processualista, più abituato a regole disciplinatorie, può immaginarsi di saperlo fare. Il sostanzialista davvero no.

La *Rechtsfortbildung*¹⁶ contrasta con il modello ermeneutico vetero-illuministico di Beccaria, ma proprio quel modello sapeva bene che *l'aggiornamento del diritto* attraverso l'interpretazione giudiziale (questa è la *Rechtsfortbildung*) è intrinseco all'attività ermeneutica e ha come tale tratti di politicità: l'interpretazione non è atto di logica formale, ma presenta spazi decisori. Essa ci appare varie volte patologicamente accentuata se i testi legislativi rimangono in vita per decenni senza modifiche che non siano interpretative, ma sussisterebbe fisiologicamente (in misura solo minore) anche in presenza di una nuova codificazione. In ogni caso, la distanza temporale tra commento e origine del testo trasforma facilmente il diritto giurisprudenziale in un fenomeno di decodificazione "ermeneutica" dei testi. Il diritto giurisprudenziale aggiorna la riserva di legge, a sua volta ridisegnata in una legislazione binaria divisa tra codice e leggi complementari.

7. La riserva di codice fra tendenze in atto e programma costituzionale.

La consapevolezza legislativa dei limiti di visione generale del Parlamento e di una situazione magmatica delle fonti normative ha prodotto l'accoglimento tardivo della regola-principio della riserva di codice (§ 1 *retro*), che autolimita il Parlamento, senza vincoli costituzionali espressi ma impliciti, verso una codificazione binaria: o codice o leggi complementari organiche, testi unici, sottosistemi integrati.

Esso è una regola, perché disciplina la ripartizione delle nuove leggi penali, fra codice e leggi complementari organiche, ma *esprime alcuni principi*, che sono alle radici della disciplina.

¹⁶ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁵, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo, 1983, pp. 351 ss. (Kap. 5). W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, Bd. IV, Tübingen, 1977, pp. 131 ss. In prospettiva costituzionale, B. HOFFMANN, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht. Eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Untersuchung zu Art. 20 Abs. 3 GG*, Berlin, 2003, pp. 61 ss.

L'idea di leggi organiche significa *in linea di fatto* la razionalizzazione di una tendenza in atto: i reati fallimentari, societari, tributari, in materia di stupefacenti, prostituzione, ambiente, sicurezza del lavoro, alimenti, sanità, armi, stranieri, privacy, t.u.l.p.s., circolazione stradale, navigazione, mercati finanziari, diritto d'autore, trapianti, edilizia e urbanistica etc., esprimono già il *dualismo legislativo penale*, secondo la *ratio* della riserva di legge approvata; sono già, in parte, legislazioni attente sia al modello costituzionale e sia all'idea di sottosistema organico, anche se hanno bisogno di ampi *restyling* conformi a una nuova "parte generale" adatta al doppio binario legislativo¹⁷, e se qualcosa di quelle discipline potrebbe rientrare nel corpo codicistico.

Peraltro, *in linea di diritto costituzionale*, la riserva di codice ci ricorda l'urgenza della riconoscibilità del sistema, se un sistema c'è, o si vuole che ci sia, come *precondizione* della conoscibilità delle singole norme¹⁸, delle stesse sanzioni, della ragionevolezza e della legittimazione dell'intervento punitivo.

Infatti, la *riserva di codice* non "esprime" semplicemente, ma "legifica" principi costituzionali, conferendo a essi la *forma* di legge, e anche il *contenuto* giuridico *minimo*, necessari perché esistano in un determinato campo applicativo: i *principi di legalità-determinatezza e di ultima ratio* rispetto (non al sistema sanzionatorio, al rapporto con le sanzioni amministrative, alle clausole generali etc., ma) alla "*costruzione del sistema*" penale: il primo (*determinatezza e legalità-riconoscibilità*), perché un sistema decodificato e acefalo ("decostruito") produce incoerenza, particolarismo giuridico, irriconoscibilità e inconoscibilità delle regole, violando in definitiva la sufficiente determinatezza e il requisito della riconoscibilità dei precetti; il secondo (*ultima ratio*), perché la decodificazione è un moltiplicatore di fattispecie oltre la necessità, causando quell'inflazione di sistema che è l'opposto del diritto penale come *extrema ratio*.

Il Parlamento può violare l'art. 3-bis: essendo una norma di legge ordinaria, la legge parlamentare può sempre derogarvi. Alcuni penalisti pensano che si tratti perciò di una norma di natura più politica, che non giuridica¹⁹. Tuttavia, il Parlamento non potrebbe disattendere l'art. 3-bis c.p. in modo *sistematico*.

¹⁷ Sulle "tecniche costruttive" della prospettata ricodificazione, v. a titolo di esempio quanto scritto in M. DONINI, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, pp. 429 ss., § 8.

¹⁸ È un'esigenza "costituzionale" scolpita in modo fondante dalla sentenza 364 del 1988 della Corte cost. sull'art. 5 c.p. Sulla precostituzione del *ius* (del sistema giuridico preesistente) rispetto alla *lex*, M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, 2, 2019, pp. 45 ss., anche in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2019, pp. 62 ss.

¹⁹ Per es. C.E. PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica "idealistica" versus deontica realistica*, cit., pp. 24 ss. V. pure sul tema M. PAPA, [Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice](#), in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, pp. 136 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 397 ss.; C. RUGA RIVA, [Riserva di codice o di legge organica: significato, questioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2019, pp. 206 ss.; v. altresì A. BONDI, *Postcodificazione. Giudizi e pregiudizi sulla necessità di un codice penale*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, pp. 131 ss.; M. GALLO, [La cosiddetta riserva di codice nell'art. 3-bis: buona l'idea, non così l'attuazione](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2018; M. PAPA, *Codici e leggi speciali. progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 417 ss.; S. SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp.

Un legislatore ordinario che derogasse sistematicamente alla regola dell'art. 3-bis c.p. potrebbe incorrere in una censura di illegittimità costituzionale nella costruzione del sistema penale. Si tratta infatti di *norma costituzionale in senso materiale*. Ovviamente solo una casistica giurisprudenziale potrebbe costruire i limiti di tolleranza di deviazioni saltuarie alla disciplina. Basti qui aver individuato l'esistenza di un rimedio possibile, in assenza di più futuriste, ma meritevoli aperture della legislazione penale a canoni di riserva legislativa rinforzata²⁰.

8. Il suo raccordo con la scienza della legislazione.

La codificazione Questa regola, peraltro, è solo razionalizzazione dell'esistente, non certo utopia, benché i principi che esprime siano un programma ancora da attuare. Molto importante al riguardo è il raccordo con una rinnovata scienza della legislazione, da sempre carente di dati empirici, statistici e di verifiche *ex post*²¹.

Nell'istante in cui il diritto penale diventa codice, nella consapevolezza culturale degli studiosi e dei pratici, dovrebbe essere sostenuto da due saperi, per realizzare un ideale di scienza giuridica nuova: la conoscenza dei fenomeni regolati e della prassi già esistente, unitamente a dati empirici e statistici; e la conoscenza delle discipline straniere in un quadro più ampio di comparazione. Spesso in Commissione non c'è tempo per nessuna delle due analisi. Salvo che già non si disponga di qualche ricerca pregressa. E ciò già per oggetti specifici e definiti: figuriamoci per un intero codice penale.

423 ss.

²⁰ Un altro rimedio, da qualche tempo oggetto di attenzione purtroppo solo da parte di una minoranza di studiosi, sarebbe ben più radicale e meritevole di attenzione, di fronte all'abuso del diritto penale da parte della politica: una riserva rinforzata di legge penale, che esiga una maggioranza qualificata per la sua approvazione, non più ostaggio dell'alternarsi di maggioranze ordinarie che nel nostro sistema politico vedono mutamenti governativi mediamente ogni due anni. Con esiti di ondeggiamenti irrazionali nella gestione penalistica, il cui unico denominatore comune, con sporadiche eccezioni, è stato da tempo il populismo. Cfr., oltre a precedenti proposte di Ferrajoli, Foffani, Musco, Losappio, Cupelli, M. Mantovani, soprattutto T. VORMBAUM, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze. In memoriam Knut Amelung*, in *Juristenzeitung*, 2018, pp. 53 ss.; G. FORNASARI, [Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale](http://www.penalecontemporaneo.it), in www.penalecontemporaneo.it, 28 maggio 2018; A. BONDI, *Postcodificazione*, cit., p. 151 s. V. al riguardo anche quanto osservato in M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Leg. pen.*, 20 novembre 2018, pp. 14 ss.; sulla inattualità di una ricodificazione oggi v. anche ID., *Codificazione penale o consolidazioni? Senso e luoghi delle possibili riforme per il tempo presente*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2020, pp. 83 ss.

²¹ A tale materia Paliero ha dedicato numerosi e importanti studi che contrassegnano un percorso unico nel panorama nazionale sotto questo profilo. Ne ricordo alcuni: C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità. Bisogno e Meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Torino, 2021; ID., *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1391 ss.; ID., *L'economia della pena (un work in progress)*, *ivi*, 2005, pp. 1336 ss.; ID., *La Fabbrica del Golem: progettualità e metodologia per la Parte Generale di un Codice Penale dell'Unione Europea*, *ibidem*, 2000, pp. 466 ss.; ID., *L'autunno del patriarca*, cit., pp. 1220 ss.; ID., *Metodologia de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, *ibidem*, 1992, pp. 510 ss.; ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, *ibidem*, 1990, pp. 430 ss.; ID., « Minima non curat praetor ». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

Che scienza è quella del porre le norme, se poi la loro produzione dovesse rimanere in balia di gestioni solo politiche, tali da “compromettere” la razionalità della applicazione successiva? Proprio la legislazione, che è l’atto più politico del diritto, dovrebbe — se resa più razionale da uno studio legislativo corretto in termini costruttivi — condurre a un ‘sistema’, a un ‘ordine giuridico interno’ all’ordinamento²² tale da produrre risultati affidabili di prevedibilità e certezza. Là dove, peraltro, questo risultato non sia visibile nel prodotto legislativo, il ruolo dell’interprete è anche di rileggere in chiave conforme a Costituzione, a fonti superiori (per es. internazionali, UE) il restante sistema e le singole disposizioni. Di qui il permanente ruolo ermeneutico-costruttivo della *Rechtsfortbildung*, che la divisione dei poteri dovrebbe consentire solo *in bonam partem* o nei confini di una estensione imposta dal limite di irragionevolezza.

9. La codificazione penale possibile al tempo dell’AIR.

La concentrazione L’idea di codificare tutto il diritto penale al tempo dell’AIR²³ dentro a un codice generale non diciamo veterotestamentario, ma di tipo illuministico-ottocentesco, appare controintuitiva. Di qui le critiche che la stessa riserva di codice, interpretata riduttivamente in chiave minimalista, ha suscitato. Oggi abbiamo bisogno di leggi che siano progetti sociali, non meri comandamenti. Lo impongono i principi di sussidiarietà e di *extrema ratio*. Anche l’omicidio va riscritto in questa logica. Infatti, l’omicidio e le lesioni mediche, quelli stradali, o da attività in contesto illecito, o quelli del consenziente e per i casi di fine-vita, oppure quelli del datore di lavoro, sono di diritto o di fatto riscritti in una logica preventiva. Buone o carenti che siano le realizzazioni sinora raggiunte. Un ordine metafisico codicistico è fuori dal tempo. Il legislatore lo ha capito che solo così si costruisce una politica criminale moderna, per non parlare dell’esigenza di definire nella parte speciale tutte le posizioni di garanzia rilevanti, i ruoli, i destinatari di specifici *status*: i destinatari sono differenziatissimi, non esiste più, in tanti casi, il “cittadino universale” a cui indirizzare precetti altrettanto universali: lo

²² Sul concetto di “inneres System” v. C.W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin, 1982.

²³ Il dpcm 15 settembre 2017, n. 169 estende l’AIR (l’analisi di impatto della regolamentazione, prima applicato solo ai regolamenti ministeriali), già previsto dalla l. 28 novembre 2005, n. 246 per i decreti ministeriali, ai disegni di legge di iniziativa governativa e agli atti normativi del governo (art. 5). Benché restino esclusi dall’AIR gli atti normativi riguardanti la sicurezza interna ed esterna dello Stato (che toccano una parte non secondaria delle leggi penali) e quelli costituzionali (art. 6), e pur potendo essere sempre deliberata dal Consiglio dei Ministri un’esenzione dall’AIR (art. 7), rimane decisiva l’esigenza di una motivazione articolata che riguarda le origini e le conseguenze delle riforme legislative.

La “relazione AIR” (artt. 8-9 del dpcm n. 169 del 2017 cit.) e una successiva “relazione VIR”, cioè di “verifica di impatto” della regolamentazione, impongono una precisa valutazione empirica delle opzioni accolte, compresa quella di non intervenire (c.d. “opzione zero”) e le alternative; nonché una analisi del contesto e dei costi-benefici alla luce dell’istruttoria svolta, e poi le consultazioni effettuate, l’esposizione delle basi informative che rendono necessaria la nuova disciplina, l’incidenza dell’intervento in termini di libertà, concorrenza, conoscibilità delle regole, impatto economico e di sistema etc.

sviluppo dei reati propri è estesissimo. Questo è il problema maggiore che si oppone a una ricodificazione secondo i modelli tradizionali.

L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) suppone che le incriminazioni non siano semplici comandamenti, precetti, regole di condotta, ma parti di un disegno sociale dove la regola è inserita in un progetto di intervento per affrontare, ridurre, eliminare, disciplinare un fenomeno. Non è un semplice divieto o un comando. La disposizione penale non esaurisce quel progetto, ma lo realizza, lo rafforza. La regola contiene un precetto che delimita il fatto tipico, la condotta e dunque la responsabilità personale. Tuttavia, ha dietro e sotto di sé un apparato normativo assai più complesso. Scrivere un codice tradizionale è operazione così semplificatoria da risultare quasi inutile, se non per dare certezza al normativo già esistente, decodificato da leggi speciali e giurisprudenza, operando una consolidazione. È con questa consapevolezza ormai collettiva che possiamo affrontare le nuove sfide della politica legislativa penale, nella parte costruttiva che rimane affidabile anche allo studioso. E che si affianca a quella critica propria del suo contropotere intellettuale.

10. Un quadro attuale della riserva di legge e di codice: la differenziazione della legge generale e astratta in testi unici a disciplina integrata e in commentari dottrinali-giurisprudenziali.

La gestione dei due binari legislativi imposti dalla riserva di codice attua *la differenziazione della legge generale e astratta*. Invece di poche regole onnicomprensive e in bianco di diritto penale alimentare, ambientale, di sicurezza del lavoro, o di diritto penale economico, la tendenza che appare conciliare riserva di legge e riserva di codice è quella della presenza di alcune incriminazioni maggiori nel codice costituite non da norme in bianco, ma da fattispecie definite da tipicità e offensività marcate, affiancate da discipline differenziate nei destinatari (reati propri, o d'obbligo, omissivi) e in campo anticipato (reati colposi o dolosi di pericolo). Invece di norme incriminatrici onnicomprensive del diritto penale già fallimentare e ora della crisi di impresa, un codice organico sulla crisi dell'impresa, che contenga anche le norme penali, secondo un disegno di efficienza e di strategia integrata di disciplina, penale-processuale-amministrativa-civile insieme. Invece di un divieto (*prohibiting*) di disporre della vita articolato nella incriminazione dell'omicidio doloso, colposo, del consenziente e dell'aiuto al suicidio e apparentemente senza eccezioni (codice-decalogo), la sua articolazione in una rete di leggi sulla tutela differenziata dei rischi (ac)consentiti per la vita (sport, sicurezza dei trasporti, della circolazione, del lavoro, dei farmaci, dell'uso di stupefacenti, biomedicale, chimico-industriale, alimentare, medico-chirurgica, della sanità collettiva, bilanciata con esigenze del lavoro, della produzione etc.), e in una serie di regole organiche sugli atti di disposizione che siano normati come scriminanti procedurali sul fine-vita. Invece di una regola generale di diligenza e prudenza da cui immaginare di poter "dedurre tutto" il penale colposo, migliaia di regole cautelari consuetudinarie e scritte, anche raccolte in diversi statuti e linee-guida, da affiancare alla disciplina generale di colpa generica pur coesistente e in parte residuale. Invece di una

regola generale per la rilevanza sempre di ogni forma di colpa, la previsione di statuti speciali diversificati di colpa grave etc. Invece di una c.s.q.n. unitaria di parte generale, diversi statuti della causalità della colpa, omissiva, di partecipazione al reato, di concorso esterno, o nel reato collegiale. Invece di una clausola generale di responsabilità omissiva per violazione di obblighi giuridici, una disciplina dettagliata di figure di garanti nella parte generale codicistica e una serie di regole di parte speciale indicative dei poteri e dei doveri specifici dei vari garanti in relazione a determinate classi di eventi attribuibili in forma omissiva. Enciclopedia e differenziazione sono le categorie della codificazione contemporanea, non il codice monoblocco.

Sul piano del *codice-commentario*, invece, la elaborazione delle sottofattispecie può avvenire secondo i percorsi del diritto giurisprudenziale attraverso i criteri di precedente, *ratio decidendi*, *obiter dicta*, massime, casi-esempio e casi-norma, pensati per assicurare tassatività e prevedibilità al *ius*, ad integrazione della riserva di legge. Tuttavia, questo *ius* che concretizza e aggiorna la *lex* non ha consistenza senza un apparato teorico-dottrinale che fa parte del tessuto razionale e culturale del raccordo tra le decisioni e gli enunciati legislativi: è la razionalità della *lex*. Il *ius* non è solo quello pubblico delle sentenze, che pure non sono tecnicamente ‘fonte’, ma anche quello privato della dottrina: perché *entrambi* danno contenuto di ragione alle disposizioni di legge. Proprio il momento generalizzante tipico della lettura dottrinale e più “scientifica” compensa, sul piano della riserva di legge, il limite individualizzante del diritto giurisprudenziale politicamente decisorio, che è tanto più autenticamente rispettoso della riserva in quanto non si sostituisca con pretesa di vincolo al testo legislativo in forma generalizzante, ma individualizzante.

Questo universo composito è oggi costitutivo della “codificazione”, non un suo sottoprodotto disfunzionale o aberrante.

Il passaggio dal *codice-decalogo* al *codice strumento di politica criminale* rende infine obsoleto il vecchio modello codicistico per tutti quei reati che non consistono in un divieto assoluto, in un comando ‘in sé’ a prescindere dall’obiettivo di governare fenomeni generali: dove non c’è un mero *prohibiting*, ma una specifica disciplina regolante affiancata a quella penale, là è in gioco una coesistente finalità di regolamentazione dei settori mediante norme che sono insieme civili, amministrative e penali. Il penale qui non è mera sanzione di precetti scritti e pensati *altrove* e *prima* delle discipline preventive.

È un mondo nuovo quello della codificazione così ripensata nelle sue differenziazioni legislative e applicative, ma esso conserva, anziché dismettere, alcuni ideali costituenti della codificazione classica: l’esigenza forte di ordine, sistema, razionalità, coerenza, prevedibilità e conoscibilità. Non bastano i principi costituzionali a garantire questa tenuta del *ius*. A tal fine è pur sempre necessaria la cabina di regia di un codice generale²⁴.

²⁴ Ovviamente, di una (rinnovata) parte generale. Sulla sua permanente importanza v. gli scritti ricordati di C.E. PALIERO, *La Fabbrica del Golem*, cit., pp. 466 ss.; ID., *L’autunno del patriarca*, cit., pp. 1243 ss.